论反垄断法解释的学派 分歧及其交谈前景

江山*

目次

一、垄断行为规范解释的关键学派分歧	定与价值传统
二、学派分歧深层结构的方法维度：理论模式与决策前提	四、经验世界重构图景下的学派交谈展望
三、学派分歧深层结构的观念维度：市场假	五、结语

摘要 反垄断学派的形成,将法律解释导入规范轨道,同时也使反垄断学派形成路径依赖,导致其解释方法日益僵化。从制度维度上看,近年来哈佛学派、芝加哥学派和后芝加哥学派之间就垄断行为规制的分歧趋于深化,渐成难以调和之势。为此,追溯考察反垄断学派的理论模式、决策前提、市场假定和价值观念可知,反垄断学派理论模式不仅应当接受经验证据的检验,还极大地取决于以错误成本分析为核心的决策前提,以及垄断行为发生概率和市场自我纠正能力的假定,并最终根源于其或自由或保守的价值传统。为推动反垄断法解释深入回应市场现实,要形成反垄断学派关于市场机制的基本共识,廓清反垄断法解释的交谈合理性空间,并结合数字市场特性,确立经验世界重构背景下的交谈新起点。

关键词 反垄断法解释 哈佛学派 芝加哥学派 后芝加哥学派 数字市场

十数年来,中国反垄断法的制度建构与实施进展了然可见,但在规制方法与路径上也分歧日显。其中,既存在规范层面的认知差异,也可追溯至思想市场中的反垄断学派之争。若对此失察,则将会在面对竞争性学派的方法和观念时茫然不知或无所适从,极大影响反垄断法解释与适用的确定性和妥当性。^[1] 细考可知,20世纪中叶以降,以厚实的反垄断法实施经验为土壤,反垄断学派勃兴于美国,其影响流被全球。反垄断的哈佛、芝加哥与后芝加哥学派在争鸣之中形成与发展,促进了反垄断法解释的规范化。然而世易时移,由于在观念传统、市场假定和决策前提上的差异

* 对外经济贸易大学法学院教授、法学博士。本文系国家自然科学基金后期资助项目“反垄断法解释研究”(项目编号:20FFXB025)的阶段性成果。

[1] 参见江山:《论反垄断法解释的知识转型与方法重构》,载《现代法学》2018年第6期,第72页。

逐级强化,学派理论分歧变得调和维艰,于疑难问题上久议不决。由此,反垄断实施在超过半个世纪的时间跨度内已几经左右摆荡,并在最近二十余年重新进入并陷于消极实施的区间,且其面对数字经济的冲击反应迟滞,而使市场竞争秩序与消费者福利未得到应有保障。这使理论发展无力突破学派的观念窠臼、缺乏对反垄断法解释方法与观念反思的现实后果暴露无遗。就此,立法、修法当然是回应现实的重要选项,但并非一劳永逸的选择。“解铃还须系铃人”,分析反垄断学派的关键分歧、现实影响和交谈前景,是反垄断法解释须直面的时代命题。当前,反垄断学派的经济分析,多是在评述反垄断学派演进基础上做出对理论与实践影响的阐发,并未有机结合反垄断法的解释与适用做出评判;^{〔2〕}而法律分析则虽已意识到需要就经济学分析在反垄断法中的运用做出反省,但多未系统分析学派理论的深层结构及其影响。^{〔3〕}有鉴于此,有必要就反垄断学派的理论模式、决策前提、市场假定和价值观念进行分层的结构化研究。

一、垄断行为规范解释的关键学派分歧

在规范层面,反垄断解释的学派分歧在不同垄断行为中呈自然分布,就不同议题的争论焦点有别,但不同学派的理论、方法和观念的内在逻辑又贯穿始终。在很长一段时间内,这些分歧都难以完全或部分调和,使得反垄断法解释无法获致确定性与妥当性的均衡。

(一) 垄断协议规范解释的关键分歧

第一,横向垄断协议。当前,虽主张干预的程度有所不同,规制核心卡特尔已为各大学派的基本共识。即使是芝加哥学派也认为,对卡特尔适用本身违法的分析模式是源自美国“最高法院所确立的模范反托拉斯法”^{〔4〕}。然而,该学派也有相当的保留。波斯纳就指出,卡特尔成员可能会实施欺骗,且在没有实质性进入壁垒的情况下,共谋是徒劳的。^{〔5〕}这实际上就是将卡特尔的瓦解寄望于市场自身。但后芝加哥学派认为,如果完全依赖市场,共谋行为的持续期间比想象的更长。^{〔6〕}关键差异在于,前者假定企业追求利润最大化的动机,将使其通过竞争消除市场缺陷,并瓦解共谋行为;而后者则认为策略化的企业能够创设市场缺陷或使市场缺陷持续化,进而严重打

〔2〕 参见夏大慰:《产业组织与公共政策:哈佛学派》,载《外国经济与管理》1999年第8期,第3—5页;夏大慰:《产业组织与公共政策:芝加哥学派》,载《外国经济与管理》1999年第9期,第3—6页;臧旭恒:《从哈佛学派、芝加哥学派到后芝加哥学派:反托拉斯与竞争政策的产业经济学理论基础的发展与展望》,载《东岳论丛》2007年第1期,第15页;沈芳:《经济理论对美国反垄断政策的影响》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2008年第2期,第12页;林平:《论反垄断科学监管:决策理论分析及政策启示》,载《中国工业经济》2022年第4期,第21页。

〔3〕 参见李剑、廖红伟:《论反垄断法规则模糊性的原因》,载《当代法学》2010年第5期,第122页;许光耀:《反垄断分析基本框架及其对相关经济学的基本需求》,载《价格理论与实践》2015年第11期,第28页;侯利阳:《大历史视角下的反垄断法与本土化移植》,载《交大法学》2018年第4期,第80页;金善明:《反垄断法解释中经济学分析的限度》,载《环球法律评论》2018年第6期,第114页;江山:《美国数字市场反垄断监管的方法与观念反思》,载《国际经济评论》2021年第6期,第47页。

〔4〕 Robert Bork & Ward Bowman Jr., *The Crisis in Antitrust*, 65 Columbia Law Review 363, 366 (1965).

〔5〕 See Richard Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 University of Pennsylvania Law Review 925, 932 (1978).

〔6〕 See Jonathan Baker, *Taking the Error out of “Error Cost” Analysis: What’s Wrong with Antitrust’s Right*, 80 Antitrust Law Journal 1, 9 (2015).

破竞争均衡。^{〔7〕} 延伸到行为认定上,伊斯特布鲁克主张,在没有证明参与共谋的企业具有市场力量的情况下,这类协议不应当被认定为违法。^{〔8〕} 特纳从行为证据的角度出发,认为仅仅是基于相互依赖性的认知确定非竞争性价格,该行为不应当被视为反垄断法下的非法共谋。^{〔9〕} 而波斯纳则从反向进行论述,其认为,一旦企业成功从事了默示的共谋,就会产生某种间接证据,如果没有产生任何间接证据,大概这一共谋的努力也是不成功的。^{〔10〕} 表面上,芝加哥学派似乎比哈佛学派更愿意对共谋进行认定,但若从二者的救济方案来看,分歧是微妙的。哈佛学派认为,在寡头市场中,既然无法认定从而无法处罚共谋,则应施加结构性救济以分拆寡头或设定管制。^{〔11〕} 芝加哥学派则旨在搜集可能的间接证据将相关行为认定为共谋,相应的救济方案也就自然限定在对该行为本身的处罚,而与结构性拆分无涉。

第二,纵向垄断协议。自 Dr. Miles 案^{〔12〕} 裁判做出以来直至哈佛学派占主导的时代,纵向限制均按照“本身违法”的分析模式来考察。芝加哥学派的思想彻底改变了纵向限制反垄断规则的版图,各类纵向限制在近三十年的时间内逐一从本身违法转向合理规则的分析模式。^{〔13〕} 以维持转售价格(RPM)为典型,芝加哥学派认为,RPM 可以解决不提供有价值促销服务的折扣经销商搭便车的问题。^{〔14〕} 其中关键,是制造商对非价格竞争的需求。波斯纳指出,制造商实施 RPM 是为了通过阻止经销商之间的价格竞争,以促进其在向消费者提供的售前服务上竞争,直至这些服务的成本最终与固定的价格齐平。^{〔15〕} 后芝加哥学派对此并未一概否认,而是认为搭便车的观念已经失控并超出其适用领域,且存在 RPM 会导致更高零售价格的经验证据。对此,克莱恩指出,即便不存在搭便车的情形,竞争性制造商想要扩张其产品需求,通常会要求零售商提供超出其自身意愿的更多实质性的促销服务;由此,制造商通过确立经销安排为零售商提供这些服务并给予特定的激励和补偿。^{〔16〕} 但温特认为,假定制造商是垄断者且提供零售商服务可以减少消费者的搜索时间,若零售商被 RPM 限制了价格竞争只能在服务上进行竞争,则由于消费者的时间成本存在差异,将导致服务商提供偏多的服务,进而降低社会总福利。^{〔17〕} 当前,芝加哥学派的叙事已经深度嵌入纵向垄断协议分析框架,学派争议的焦点是避免将搭便车等效率抗辩绝对化。

〔7〕 See Michael Jacobs, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, 74 North Carolina Law Review 219, 225 (1995).

〔8〕 See Frank Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 Texas Law Review 1, 21-22 (1984).

〔9〕 See Donald Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act*, 75 Harvard Law Review 655, 671-672 (1962).

〔10〕 See Richard Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws*, 21 Stanford Law Review 1562, 1587 (1969).

〔11〕 See Donald Turner, *The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies*, 82 Harvard Law Review 1207, 1230-1231 (1969).

〔12〕 See *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

〔13〕 See *Cont'l T. V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997); *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

〔14〕 See Lester Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* 3 *The Journal of Law and Economics* 86, 91 (1960).

〔15〕 See Richard Posner, *supra* note [5], at 926-927.

〔16〕 See Benjamin Klein, *Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding*, 76 *Antitrust Law Journal* 431, 480 (2009).

〔17〕 See Ralph Winter, *Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition*, 108 *Quarterly Journal of Economics* 61, 69-72 (1993).

（二）经营者集中规范解释的关键分歧

第一，横向合并。20世纪40—60年代，美国法院和经济学家都倾向于淡化效率与大型企业的联系，司法判决和哈佛学派的思想存在一定的一致性。^{〔18〕}此后，芝加哥学派强结构主义的基础逐渐被动摇。其中，巴克斯特支持将企业数从6到5的合并视为临界案件；波斯纳主张，合并之后4个企业的集中度高于60%就应当推定禁止；伯克则认为，企业数从3到2的横向合并才是成问题的。^{〔19〕}进而，聚焦于市场集中度的范式开始向竞争效果评估转换，审查标准也逐渐从支配地位标准转换为实质性削弱竞争标准。^{〔20〕}就此，学派之间存在较大共识，即经验法则仍然有其直观价值，但简单根据集中前后企业数量变化来推定竞争影响的时代已成为过去。如今，分歧主要聚焦于实质性削弱竞争标准的适用。其中，协调效应标准是横向合并审查的天然焦点。因为横向合并的最直观后果，就是企业数量的减少，进而导致企业间协调的难度降低。问题是，协调效应分析在很长一段时间内被实质性简化，执法机构将其与基于赫芬达尔—赫希曼指数（HHI）的推定深度绑定。^{〔21〕}由此，在协调效应分析凸显了较强的结构主义倾向，但因精确性不足而流失了分析性价值。与此相对应，后芝加哥学派提出了单边效应标准，有效运用经济学工具为该标准适用提供了良好支撑。^{〔22〕}受此影响，自20世纪80年代以来，协调效应在反垄断执行中获得了较少的关注。^{〔23〕}目前，这一情况正在改变。后芝加哥学派指出，无论是基于有目的还是无目的之策略行为，随着一个行业内企业数量的收缩，协调都会变得更加可能或者更加有效；由于寡头市场之中协调行为持续存在的可能性和预测工具有限的精确性，当高集中度的市场之中横向合并实质性增进了企业集中度，就应推定其中存在协调效应。^{〔24〕}由此，协调效应因得到更坚实的经济学支撑而重返横向合并审查的中心。

第二，非横向合并。在很长一段时间内，主要学派多认为混合合并应交由市场调节，其分歧聚焦于纵向合并。传统上，规制纵向合并的理由是其造成对投入品或客户的封锁，判断标准是封锁比例的大小。该进路的问题是过于激进，可能导向对封锁比例过小的企业合并的规制。^{〔25〕}但若依芝加哥学派之见，纵向一体化几乎不是问题，因为垄断者与新进入者实施纵向一体化的成本基本相同。^{〔26〕}这显然又走向了另外一个极端，几乎是对企业的策略性行为视而不见。后芝加哥学派则较为持中，指出纵向并购可能被用于实现阻止下游企业获得必需供应来源的反竞争封锁。^{〔27〕}

〔18〕 See William Kovacic & Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, 14 *Journal of Economic Perspectives* 43, 51–52 (2000).

〔19〕 See Timothy Muris & Jonathan Nuechterlein, *Chicago and Its Discontents*, 87 *University of Chicago Law Review* 495, 501–502 (2020).

〔20〕 参见江山：《论反垄断法规范中的规则与标准》，载《环球法律评论》2021年第3期，第76页。

〔21〕 See Carl Shapiro, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years*, 77 *Antitrust Law Journal* 49, 56 (2010).

〔22〕 See Herbert Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, 2001 *Columbia Business Law Review* 257, 332 (2001).

〔23〕 See Jonathan Baker & Joseph Farrell, *Oligopoly Coordination, Economic Analysis, and the Prophylactic Role of Horizontal Merger Enforcement*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1985, 2006 (2020).

〔24〕 *Ibid.*

〔25〕 See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 257, 323–324.

〔26〕 See Richard Posner, *supra* note [5], at 936.

〔27〕 See Michael Salinger, *Vertical Mergers and Market Foreclosure*, 103 *Quarterly Journal of Economics* 345, 354–355 (1988).

如果纵向一体化所进入的市场不是竞争性的,就有可能产生反竞争的结果。^[28] 出现这一认识差异的主因,系在后芝加哥学派看来,封锁通常意味着提高竞争对手成本,而不是直接排斥。^[29] 而经验一再表明,具有实质性市场力量的企业足以经由提高竞争对手成本而获得定价权,而产生重要的竞争影响。此外,就效率抗辩而言,芝加哥学派将“消除双重边际化”视为重要效率的来源,但后芝加哥学派则认为其可能不足以抵消潜在的竞争损害。^[30]

(三) 滥用市场支配地位规范解释的关键分歧

在滥用市场支配地位规制中,主要学派多认为剥削性滥用行为应由市场调节,但就排斥性滥用仍存在严重分歧。在哈佛学派看来,掠夺性定价和排他性交易等都是严重的滥用行为;芝加哥学派对其予以抨击并认为,市场比假定的更有效,而竞争者也比假定的更顽强;到了后芝加哥学派,其提出的提高竞争对手成本理论将反竞争损害的焦点从摧毁竞争对手转移,并认为如果将提高竞争对手成本而非完全将其驱逐出市场作为目标,许多策略行为是可能成功的。^[31] 据此,以掠夺性定价和排他性交易作为价格类与非价格类滥用行为之典型进行展开,可以剖析学派分歧的关键点。

第一,掠夺性定价。20世纪60年代,美国最高法院指出,低于平均总成本的价格构成非法的掠夺性定价。^[32] 阿瑞达和特纳认为,法院可以运用支配地位企业所定的价格与其可变成本之间的关系来确定所涉定价策略的合法性。^[33] 此后,法院开始以之作为掠夺性定价分析的起点。^[34] 然而伯克却认为,虽然上述研究在方向上是正确的,但过于严苛了,掠夺性定价行为应当完全被忽略。^[35] 伊斯特布鲁克甚至主张对具有支配地位企业的所有降价行为适用本身合法规则。^[36] 波斯纳指出,从长期来看以低于成本价格销售从而将竞争者排斥出市场的行为是无利可图的,除非被排斥的对象缺乏接入资本市场的同等手段;同时,也不排除具有支配地位企业将其作为策略性行为的可能性。^[37] 虽存在内部争议,芝加哥学派总体上认为掠夺性定价的成功概率不高,应不予干预或限缩干预。后芝加哥学派则指出,当前司法怀疑主义假定的掠夺性定价行为极端罕见,且更加现实的不完全与不对称信息的现代经济学理论,以及良好的经验与实验研究并不支持这一假定。^[38] 但

[28] See Thomas Krattenmaker & Steven Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 Yale Law Journal 209, 240-242 (1986).

[29] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 324.

[30] 参见吴白丁:《论纵向合并审查中竞争损害理论的证明》,载《经贸法律评论》2019年第5期,第74—75页。

[31] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 318.

[32] See *Utah Pie Co. v. Cont'l Baking Co.*, 386 U.S. 685, 698 (1967).

[33] See Phillip Areeda & Donald Turner, *Predatory Pricing and Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harvard Law Review 697, 697-698 (1975).

[34] See Herbert Hovenkamp, *The Law of Exclusionary Conduct*, 2 Competition Policy International 21, 22 (2006).

[35] See Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978, p. 144-160.

[36] See Frank Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 University of Chicago Law Review 263, 333-337 (1981).

[37] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 927, 940-941.

[38] See Patrick Bolton, Joseph Brodley & Michael Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 Georgetown Law Journal 2239, 2249 (2000).

不论市场结构为何,信息的鸿沟使得掠夺性定价常常是利可图的。^[39]关键在于,损失的收回并非基于垄断者对其竞争对手的摧毁,而是源于寡头企业运用掠夺来规训对象企业,使其遵循寡头垄断的行为模式。^[40]不仅如此,在策略性定价行为下,即便将价格定于成本之上也可能是反竞争的。^[41]当然,经济学理论的发展也为分析提供了工具,足以解释掠夺性定价何时是理性的,或者可以是有利可图或填补损失的。^[42]上述分析,有力地撼动了芝加哥学派的市场假定。

第二,排他性交易。伯克指出,长期的排他性交易不仅可以使协议双方的利润最大化,还可以增加社会福利;法律应当放弃对这类于竞争有益的行为的竞争关切。^[43]这主要是因为,芝加哥学派在经验上更倾向于认为排他性交易竞争影响的证据不明确、不充分。进而,怀特指出,当前排他性交易的经验证据是缺乏的,排他性交易更有可能提升产出,而非是反竞争的。^[44]而卡尔金斯则指出,对于排他性交易的效果存在很多猜测,但几乎没有足够的经验证据予以支撑判断其本身合法或违法。^[45]上述论争进入了新的层次,即不再围绕经验证据的存在与否进行讨论,而是对经验证据本身的范围和有效程度存在分歧。这更加考验不同学派理论的解释力。为此,后芝加哥学派聚焦于纵向封锁的可能性,发展出提高竞争对手成本理论这一认识排斥性滥用的更可靠框架。萨洛普等人则指出,反竞争的排斥性行为之所以能成功,在于其可以实质性地提高竞争性购买者的投入品成本,此时行为企业可以提高其产出的价格,除非足够多的未受限制的实际或潜在竞争者已经准备好,并且有意愿、有能力来约束行为企业的定价行为。^[46]亦即,具有支配地位的企业可以通过拒绝使竞争对手获得规模经济或者致其产出不及预期而抬高其成本,而较高的成本则限制了竞争对手参与竞争的能力,从而使得实施策略行为的企业可以在“价格保护伞”下提高价格。^[47]这一进路展现出强大的解释力,为排他性交易的分析提供了方向。

二、学派分歧深层结构的方法维度：理论模式与决策前提

不难看出,反垄断学派在规范解释上的分歧,存在深刻的方法论根源。一个好的理论模式应当是在逻辑上足以自洽、在经验上经得起检验的。如果认同“经济学只是规范化的直觉,通过逻辑来使直觉明晰化,通过可信的证据来强化直觉”^[48],那么反垄断法解释的中心工作就是将经过逻辑澄清与经验验证的直觉适配于具体的个案场景。就此,怀特曾提出,应当根据三个方法论的承诺来界定反垄断的芝加哥学派:一是对价格理论的严格适用;二是对经验主义的中心定位;三是在

[39] See Jonathan Baker, *Recent Developments in Economics That Challenge Chicago School Views*, 58 *Antitrust Law Journal* 645, 648-649 (1989).

[40] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 316.

[41] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 312-317.

[42] See Patrick Bolton, Joseph Brodley & Michael Riordan, *supra* note [38], at 2328-2329.

[43] See Robert Bork, *supra* note [35], at 309, 406.

[44] See Joshua Wright, *Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust*, 5 *Competition Policy International* 1, 22 (2009).

[45] See Stephen Calkins, *Wrong Turns in Exclusive Dealing Law*, in Robert Pitofsky ed., *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008, p. 167.

[46] See Thomas Krattenmaker & Steven Salop, *supra* note [28], at 223.

[47] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 321.

[48] [土]丹尼·罗德里克:《经济学规则》,刘波译,中信出版集团2017年版,第81页。

制定反垄断规则时,对法律错误的社会成本的强调。^[49] 在更一般意义上,上述以理论模式为基础的经验验证方法和以错误成本分析的决策前提为主体的分析框架,应适用于考察所有反垄断学派。

(一) 反垄断学派理论模式及其经验验证

反垄断学派的理论定位是重逻辑,还是偏经验,与学派方法之可靠性程度密切相关。总体来看,主要反垄断学派对于理论的经验基础均有着不同程度的强调,但侧重点存在差异。

第一,哈佛学派理论发源于贝恩对美国制造业的集中度状况及其影响开展的经验研究。建基于此,哈佛学派认为,产业结构决定着企业行为;^[50]进而,其主张实行严格的反垄断政策,并以限制和削弱市场力量为主要目标。^[51]波斯纳则认为,哈佛学派热衷于对特定产业竞争状况的研究,聚焦于特定市场的特性进行检视,而抛弃或者忽略了经济学理论中简洁的力量。^[52]而且,哈佛学派从特定产业归纳出的普遍范式,不足以回应产业竞争状况的多样性。因为在本质上,每种理论都不过是特定模型的集合,这些模型必须结合具体条件审慎应用,理论不能是对其研究现象的全方位解释。^[53]尽管如此,哈佛学派所确立的S-C-P范式仍然发挥着不可替代的作用,因为市场结构对于所有的行为分析都是不可忽视的背景,在评估企业排除、限制竞争的能力上至关重要。

第二,芝加哥学派的关键特征是通过价格理论来检视反垄断政策,^[54]认为其可以将竞争法从政治领域移除并使之进入科学的轨道。^[55]通过将扩大产出和降低价格作为评估福利的排他性标准,该分析方法避免了在权衡消费者和小企业等不同利益时产生的问题。^[56]伊斯特布鲁克认为,这一进路的清晰性,使得企业可以更加准确地预测其重要商业行为的法律后果,进而可以促进良好的资本投资秩序和私人秩序的形成。^[57]价格理论在美国最高法院将低于成本定价作为掠夺性定价的恰当标准,在搭售等行为的分析中重新强调市场力量的重要性,废除RPM的本身违法规则、在没有具体协议时的寡头协调,以及调高合并集中度门槛等事件上产生了重要影响。^[58]一时间,新古典价格理论模型风头无两。然而,简化的模型也存在不小问题。特别是,其目标是创设一个适用于各种市场结构的简单静态竞争模型,忽略了不同行业和单个企业的细节。^[59]然而,尽管新古典价格理论模型因在结论上导向的放任主义而广受诟病,芝加哥学派将福利标准锚定在价格与产出之上的方法仍汇聚了大量共识。

第三,后芝加哥学派挑战“价格—产出”的静态分析框架,证明其并非分析反垄断效率中心问

[49] See Joshua Wright, *Overshot the Mark? A Simple Explanation of The Chicago School's Influence on Antitrust*, 5 *Competition Policy International* 1, 9 (2009).

[50] See Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 36.

[51] See Carl Kaysen & Donald Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, 1959, p. 45 - 48.

[52] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 931.

[53] 见前注[53],丹尼·罗德里克书,第143页。

[54] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 928.

[55] See Michael Jacobs, *supra* note [7], at 230.

[56] See Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 *Michigan Law Review* 213, 234(1985).

[57] See Frank Easterbrook, *supra* note [8], at 14.

[58] See Christopher Yoo, *The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 2147, 2153 - 2155 (2020).

[59] *Ibid.*, at 2159.

题的唯一方法,且其造成了经济理论上的僵局,使得决策者不得不探究当前所辩论的技术表象背后关于企业、市场和政府的冲突性观念。^[60] 后芝加哥学派虽常被称为哈佛学派的继承者,但与几乎完全聚焦于市场结构而不考虑市场行为的后者相比,其信奉博弈理论而将策略性行为置于分析的中心;而且其缺乏哈佛学派在案例研究中所展现的行业具体性,虽能容纳比价格理论更复杂动态的考量,其分析模式还是相当抽象的。^[61] 与芝加哥学派不同,后芝加哥学派虽然把效率当作唯一目标,但其不仅关心静态效率,还强调要保护企业的创新动力,相信市场在很大程度上是不完善的。^[62] 尽管以博弈论作为主要方法这一做法也引发了基于经验主义的质疑,但这确实能反映出市场的复杂性,对策略行为的演绎丰富了就行为人排除、限制竞争的动机和可能性的评估。

显见,在反垄断学派理论的拓展、演化过程中,经验是逻辑的边界,超越既定边界的理论随时都可能遭到严峻挑战。这不应让人意外。要知道,即便在物理学中,很多普世法则是否存在也都有争议,经济学模型就更不可能是放之四海皆准的了。^[63] 物理学的法则,要通过自然界的实验结果来检验;而经济学的模型,则需通过人类社会的经验证据来验证。在反垄断的思想市场中,现实正是如此,学派间的批评就强烈聚焦于理论模式的经验验证。只不过,这一经验验证也并不总是能解决问题,在疑难案件中还需要结合反垄断学派的决策前提进行考察。

(二) 反垄断学派决策前提的关键分野

通过经验现实来验证反垄断学派的理论模式,目的并非判定某一学派的理论模式的成败,而是要寻找改良和补正的空间。如果线性地看,似乎应当是一个学派替代另一个学派的理论模式。但经济学知识的积累不是垂直式的,以更好的模型取代旧模型,而是水平式的,以更新的模型来解释以前未得到解释的社会现象,新模型只是提供更适于解释某些情况的一些新维度。^[64] 对于深植于法与经济学交叉地带的反垄断学派而言,经验证据更是检验理论的试金石。

其中,哈佛学派理论模式的经验主义特质,主要体现为对具体市场的经验分析。其关键结论是,在高卖方集中度的行业中企业的利润率超过低卖方集中度市场上企业的利润率;^[65] 进入壁垒非常高的产业将比其他产业更倾向于出现较高的超额利润和垄断产出限制;^[66] 寡头行业的可行竞争比预期的更加难以实现。^[67] 进而,哈佛学派发展出的S-C-P范式确立如下假定:一是随着市场进入壁垒的抬升,头部企业或类似领先企业的价格—成本差额将提高;二是集中度会促进默示或明示的共谋。^[68] 而德姆塞茨等以实证研究反驳“集中度—利润率”的单项决定假设,指出如果不存在明显的进入壁垒,那么企业获得的高利润就是其高效率的报酬;既然高集中部门获得高利润不是长期的稳定现象,那么高利润就不能说明垄断力量的存在。^[69] 最终,推翻S-C-P

[60] See Michael Jacobs, *supra* note [7], at 225.

[61] See Christopher Yoo, *supra* note [58], at 2164 - 2165.

[62] 参见辜海笑:《美国反托拉斯理论与政策》,中国经济出版社2005年版,第33—37页。

[63] 见前注[53],丹尼·罗德里克书,第67页。

[64] 同上注,第68页。

[65] See Joe S. Bain, *Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936 - 1940*, 65 *The Quarterly Journal of Economics* 293, 323 (1951).

[66] 参见[美]乔·贝恩:《新竞争者的壁垒》,徐国兴等译,人民出版社2012年版,第198—199页。

[67] See Joe S. Bain, *Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence*, 40 *American Economic Review* 35, 37 - 38 (1950).

[68] See Leonard Weiss, *The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust*, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 1104, 1105 (1979).

[69] 见前注[62],辜海笑书,第23—28页。

范式支持者所主张的产业集中度与价格之间的关系,成为芝加哥学派无可争议的经验贡献。^[70]不仅如此,芝加哥学派还通过对纵向限制案例的研究,指出在绩效难以度量的时候纵向限制可以促进经销商提供促销服务。^[71]上述智识推进,源于芝加哥学派对理论之经验验证的推动。

然而,芝加哥学派自身的经验主义实践却也备受质疑。该学派认为,企业通常不能够通过单边行为获取或增强垄断力量,反垄断法应重点关注卡特尔,以及足够产生独占垄断或者可以通过急剧降低市场当中的重要卖方数量来促进卡特尔形成的横向合并。^[72]就此,考珀认为,芝加哥学派的模型和可验证的事实是不一致的。^[73]而在经验欠奉的情况下,芝加哥学派几乎总是对垄断行为的发生概率和对竞争的影响持乐观态度。由此展开,诸多批评指向芝加哥学派更青睐于理论和意识形态,而不是经验证据,使得其制定的反垄断政策过于宽松。从芝加哥学派引以为傲的经验主义立场切入批评,以子之矛攻子之盾,多少让其反击显得支绌。于是芝加哥学派转而指出,后芝加哥学派实际上也并没有提供多少有价值的经验证据表明芝加哥学派的理论导致了市场绩效的降低、市场力量的增强和消费者损害。^[74]怀疑论者的看法是,有时后芝加哥学派的模型是基于特定的决策顺序或者存在其他内在不可观察的特性,从而其是难以被证实的。^[75]这倒也毋庸讳言。霍温坎普早前就提示,后芝加哥学派的分析无法在传统实证意义上进行验证:经济学家能做的是,将数据与其理论建构起最低度的关联,但是通常不能够排除其他解释的可能性;即便如此,其在提高竞争对手成本和横向合并中单边效应的研究上所做出的贡献,极有可能持续影响对反垄断的分析。^[76]

当然,抛开非此即彼的思维,学派之间并非是全面的替代关系,而是通过论争在不断地扩大配置反垄断学派模型的覆盖范围。显而易见地,经验世界的流变,是验证学派理论模式必须直面的不变主题。通常,经济学模型扩展的源头是一些经验现象似乎与已有的模型相悖,而新模型并不会否定老模型或使其适用性降低,新模型只是拓展了经济学知识的边界。^[77]在当前的学派之争中,对经验主义的重视已成为主基调。以S-C-P范式为例,反垄断的关切总是在市场绩效上,后之所以转向结构性推论,是因为市场绩效的直接数据一般难以获得;当关于绩效的直接证据是可以获得的时候,就应当根据绩效做出判断,特别在不同的分析方式存在分歧的情况下更是如此。^[78]就这样,兜兜转转又回到了原点。在真实世界中,关于绩效的信息总归是不完全的,直接证据也并不总是容易获得。那么问题就转换为,在何种信息不完全或直接证据不可获得的程度下,方可转向结构性推论?为此,需要引入决策理论(decision theory)来考察。

决策理论的价值在于其能在信息成本高昂而导致信息不完全的情况下设定做出事实测定和

[70] See Joshua Wright, *supra* note [44], at 10.

[71] See Timothy Muris, *Improving the Economic Foundations of Competition Policy*, 12 *George Mason Law Review* 1, 17 (2003).

[72] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 928.

[73] See Thomas Kuaper, *Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust*, in Robert Pitofsky, *supra* note [45], at 47.

[74] See Daniel Crane, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, 76 *University of Chicago Law Review* 1911, 1924 (2009).

[75] See Christopher Yoo, *supra* note [58], at 2164 - 2165.

[76] See Herbert Hovenkamp, *supra* note [22], at 337.

[77] 见前注[53],丹尼·罗德里克书,第71页。

[78] See Christopher Yoo, *supra* note [58], at 2172.

决定的程序,即确定何时可以就已有信息做出决定,何时应当在做出决策之前进一步收集和考虑其他信息。^[79] 如此,可以尽可能避免决策失误,包括应该认定为违法而未被认定的漏判(false negative)和不应该被认定为违法而被认定的误判(false positive)。芝加哥学派引入该理论时指出,在反垄断经济分析中不仅应考虑垄断行为可能造成的社会成本,还应考虑在规则制定和适用中误判/漏判和法律实施的行政成本。^[80] 哈佛学派则提出了对执法机构能力的关切,并将其作为错误成本分析的重要补充。^[81] 由此,反垄断决策是否正确取决于对市场自我修复能力和执法机构规制能力的双重认知。然而,诸学派的决策前提存在重要分野:哈佛学派认为市场不能有效自我调节,市场结构集中是缺陷产生的原因,并假定执法机构有能力处理复杂的反垄断问题,漏判大于误判的错误成本;芝加哥学派则认为市场自我调节能力强,在多数情况下运行良好,并假定执法机构能力存在较大局限,误判远大于漏判的错误成本;后芝加哥学派则认为,市场不完善是存在的,策略行为导致市场缺陷,并假定执法机构的能力会持续上升,误判和漏判的错误成本大小相当。^[82]

三、学派分歧深层结构的观念维度:市场假定与价值传统

由理论模式与决策前提逐级下沉,学派分歧延伸至市场假定和价值传统。在经验验证不可及或处于模糊地带的领域,差异化的决策前提导向不同学派的市场假定之争。进而,反垄断总是受到对政治或经济的一系列特定假定先验信奉(priori commitment)的影响。^[83] 先验信奉或者说价值观念是反垄断法解释无法回避的命题,也构成反垄断学派分歧的观念内核。

(一) 反垄断学派的市场假定之争

对反垄断学派而言,支撑基于错误成本的决策前提的是其深层市场假定:不存在政府干预的情况下,市场机制是否能够最大限度地有效运行。具体而言,就特定市场结构下垄断行为发生概率和市场修复能力的评估结论,学派分歧重大。

最为笃信市场的芝加哥学派主张,在没有相反证据的情况下市场是有效的。^[84] 或者说,“市场具有自我纠正的内在特征,在不进行干预的情况下,市场将自然达到最佳状态”。^[85] 在芝加哥学派看来,不干预是默认的规则,如果在干预和不干预模型之间陷入僵局,很少有法官或执法机构官员会选择干预,因为干预的成本是高昂的,而且通常认为市场的缺陷比法律的缺陷更容易纠正。^[86] 易言之:当对所争议的行为有任何质疑之时,政府就不应当干预。^[87] 上述假定自形成起

[79] See Frederick Beckner III & Steven Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 67 *Antitrust Law Journal* 41, 41-42 (1999).

[80] See Frank Easterbrook, *supra* note [8], at 2.

[81] See Christopher Yoo, *supra* note [58], at 2157-2158. 参见兰磊:《重估合理原则的制度成本——兼评〈制度成本与规范化的反垄断法〉》,载《经贸法律评论》2020年第3期,第118—121页。

[82] 见前注[3],江山文,第53页。

[83] See Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Thomson/West, 2nd ed., 2008, p. 63.

[84] See Joshua Wright, *supra* note [44], at 5-6.

[85] Herbert Hovenkamp & Fiona Scott Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 1841, 1848 (2020).

[86] See Daniel Crane, *supra* note [74], at 1927.

[87] See Herbert Hovenkamp & Fiona Scott Morton, *supra* note [85], at 1850.

就招致大量批评。萨洛普等认为,指引这一历久经年的反垄断规则形成的许多假定是错误的,而法和经济学分析的进展已宣告其过时。^[88]芝加哥学派确是失之粗糙了。因为市场并非只是一个抽象的场域,市场是否容易失灵,是否可以自我纠正,以及可以自我纠正到什么程度,很大程度上取决于特定市场结构下具体垄断行为的发生概率,以及既有潜在竞争性约束的强度。在假设执法机构能力既定的情况下,就市场机制有效性之评估的重点,一是聚焦企业市场力量与市场集中度,考察在位企业所面临的现实竞争约束;二是聚焦市场壁垒,考察潜在竞争者进入市场、既有竞争者在市场中扩张的及时性、可能性和有效性。

就此,哈佛学派对于大企业和集中度高的行业表现出不信任的态度。^[89]芝加哥学派则认为,企业如果没有市场力量,无论如何努力也是无法损害竞争的,此时行为的利弊应当交由市场而非司法程序来区分。^[90]将市场力量与影响竞争的能力相关联,这本身并没有明显的漏洞。但问题是,应当如何评估行为人的市场力量?显然,结合市场状况才能有效评估企业面临的竞争约束,而引入市场集中度分析就是为了刻画这一竞争约束。就此,在哈佛学派看来,经验证据表明高度集中行业的领先企业会运用有意识的平行行为来防止价格竞争,并获得超常收益;芝加哥学派虽并不否认集中度是利于形成难以发现共谋的因素,但其认为集中度本身并不是最重要的,而应当考虑是否存在有效的市场进入机制。^[91]后芝加哥学派认为,竞争者之间的市场份额不对称程度越高,实施提高竞争对手成本行为的企业可以获得的可预期回报就越大。^[92]当然,在一般意义上,如果存在有利可图的市场进入的威胁,那么即使是垄断或寡头垄断行业也存在可竞争的空间。^[93]由此展开,学派分歧又延伸到对市场壁垒内涵的理解和评估上。

贝恩认为,市场壁垒是能够阻止市场进入且同时允许市场中的在位企业索取高于成本的价格的任何市场因素,包括大的规模经济以及在位企业在绝对成本和产品差异化上的优势。^[94]而斯蒂格勒则认为,市场壁垒系寻求进入市场的企业必须承担而在位企业不必承担的生产成本。^[95]显而易见,在芝加哥学派框架下,市场进入、扩张的难度陡然下降,高市场集中度可能带来的威胁也就更低。然而在实践中,被广为接受的是哈佛学派的主张。因为市场壁垒是一个中性概念,在竞争影响分析中就需将其与垄断行为作为一个整体考察。在尚未开始行为评估之前,将市场壁垒轻描淡写地假定为微乎其微,这无疑将放大漏判的风险。进而,后芝加哥学派拓展上述论争认为,在位企业采用诸多直接策略将市场力量用于阻碍市场进入:包括引致可以降低未来边际成本的沉没成本,使得市场进入后的价格下降,从而让进入市场无利可图;以及利用网络效应和提高其他要求买方之间进行协调的转换成本,从而使得短期的垄断转换成为长期的

[88] See Andrew Gavil & Steven Salop, *Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct*, 168 *University of Pennsylvania Law Review* 2109, 2112 (2020).

[89] See Leonard Weiss, *supra* note [68], at 1105.

[90] See Frank Easterbrook, *supra* note [8], at 19-20.

[91] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 944-945.

[92] Thomas Krattenmaker, Robert Lande & Steven Salop, *Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law*, 76 *Georgetown Law Journal* 241, 259 (1987).

[93] See William Baumol, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, 72 *American Economic Review* 1, 4 (1982).

[94] 见前注[66], 乔·贝恩书, 第3、40页。

[95] 参见[美] 乔治·施蒂格勒:《产业组织》,王永钦、薛峰译,上海三联书店、上海人民出版社2007年版,第87页。

市场进入阻却壁垒。^[96]可见,对市场壁垒这一市场假定中心议题的认知,恐怕也没有芝加哥学派所设想的那样简单。

不仅如此,近二十年来经验世界的剧烈变化,也使人们不免疑虑:市场变了,诸学派的市场假定竟然可以保持不变?一百余年来,反垄断法面向的经验世界已几经流变,这在不同程度上影响了市场竞争的方式。但数字经济对市场竞争的影响是更具颠覆性的。在数字市场中,双(多)边市场的普遍化,使得相关市场界定、市场力量的评估结果变得更加模糊;市场份额、市场集中度、市场壁垒的分析权重发生变化;市场结构与市场行为之间也凸显其双向关联的关系。尤其是网络效应和锁定效应的扩散化,使得市场力量的争夺从“在市场中竞争”(competition in the market)转换为“为市场而竞争”(competition for the market)的“赢者全得”的角逐。而数据的累积、算法的大规模应用,使得市场本身对于数据、算法的持有者来说变得几近透明,更易于引发竞争失范。总之,随着数字市场的降临,学派的理论模式所面对的经验验证场景正在发生重构。此时,反垄断学派的市场假定岂可不变?对此,在学派内部与学派之间隐约存在共识。由此,学派的市场假定之争或许存在转机。但在更深层次,不同学派对市场的信任或怀疑,又似乎并非是仅以市场假定就可以完全解释的,还与学派背后的价值观念有着持久、根深蒂固的关联。

(二) 反垄断学派价值观念的小脉络与大传统

众所周知,反垄断学派有其或自由、或保守的思想背景。按照芝加哥学派的说法,当今反垄断的阵营划分并不在自由派和保守派之间,也不在芝加哥学派和后芝加哥学派理论之间,而应当以是否肯认以经济学为基础的理性竞争政策为划分标准。^[97]这一论述有效区格了反垄断学派与民粹主义,但若由此断言旷日持久的学派分歧已然消散或为时过早。进而,芝加哥学派还指出,其与哈佛学派都在不断进化并且呈现出融合趋势,二者的分歧越来越呈现出技术性而非价值观念性的特征。^[98]对此,有论者指出:表面上,区分芝加哥学派和后芝加哥学派的并不是政治意识形态和对历史的解释,而是对其理论和方法效率内涵的不同评估;而本质上,二者对效率的承诺遮蔽了其对于竞争政策规范假定的深刻分歧。^[99]当然,也有论者试图寻找中间地带,指出:“在某种意义上,将反垄断的争论定义为芝加哥学派和新哈佛学派或后芝加哥学派之间的根本冲突是有点夸张了:这些学派共同拒斥的是民粹主义,学派之间的关键差异在于其所倾向的不同经济分析模式。”^[100]需要追问的是:若反垄断学派的分歧确非根本性的,那么其在价值观念上的共同基础又是什么?对其加以梳理,可探知反垄断学派各自价值观念的小脉络及其共享的大传统。

第一,哈佛学派的反垄断思想与其自由主义观念一脉相承。20世纪以降,以自由放任的结束、国家开始整体干预经济为标志,自由主义在美国经历了从古典向现代的演变。^[101]“自由主义”这个词在美国进步运动时代被普遍用于政治,而其聚焦的反兼并反垄断,本质是借助国家的公共权力来限制过于庞大的私人经济权力,打破垄断,维护自由企业的自由竞争条件;随后,大萧条的爆发将美国推进深渊,新政大刀阔斧地改革古典自由主义,政府不仅要担负起全面调节经济的责任,

[96] See Kevin Bryan & Erik Hovenkamp, *Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy*, 87 *University of Chicago Law Review* 331, 337 (2020).

[97] See Timothy Muris & Jonathan Nuechterlein, *supra* note [19], at 495, 521.

[98] See Richard Posner, *supra* note [5], at 925, 948.

[99] See Michael Jacobs, *supra* note [7], at 224 - 225.

[100] Christopher Yoo, *supra* note [58], at 2168 - 2169.

[101] 参见钱满素:《美国自由主义的历史变迁》,三联出版社2006年版,第104页。

而且要对人们的生活福利做出一定的承诺。^[102] 根源于罗斯福新政的当代美国自由主义由此成型,并延续至今。其对个人主义的重视经久未变,但是对政府的认识业已变化:现代自由派希望保留个人权利和拥有私人财产的权利,但他们也更愿意接受政府对经济的干预,以医治资本主义和市场经济的弊病。^[103] 美国自由主义传统、当代的自由主义价值观,对反垄断学派和反垄断法实施产生了深远影响。哈佛学派的结构主义范式、干预主义主张,以及对政府—市场的假定,都反映了现代自由主义用看得见的手积极调节经济的基本立场。

第二,反垄断的芝加哥学派所蕴含的“芝加哥传统”,实际上是保守主义脉络中的重要部分。一方面,其坚持反对国家干预,认为市场机制和自由交换是组织人类行为的最有效、最平等的模式,其建立的一系列假定都是市场取向的,认为市场机制最大的优点就在于权力的分散性,由此会自动形成资源的最优配置和社会的最大福利,因而不再需要政府干预,该机制也可避免导致权力集中。^[104] 另一方面,其强调实证分析,试图把经济学变成一门与自然科学相似的科学;政策上,其提出大量的以削弱政府干预、充分发挥市场作用为宗旨的政策建议。^[105] 芝加哥学派的立场无不体现了保守主义传统价值,尤其是其所提出的新保守主义经济学的主张。与新保守主义运动在美国的勃兴相呼应,自 20 世纪 70 年代中期以来,芝加哥学派的思想逐渐获得司法支持。成就芝加哥传统的原因,一是美国最高法院法官任命的改变;二是美国企业在国外失去了大量的份额,在国内市场也节节败退,这种感觉增强了效率主张的敏感度。^[106] 而芝加哥学派的市场总会纠正其自身的假定,以及基于该等假定生成和巩固的不干预立场,也因此产生了至今的长远影响。

第三,后芝加哥学派亦处于当代美国自由主义的大传统之中,但其假定与理论更具实用主义特质。“实用主义……基本上是头一个在美国土地上土生土长地形成的哲学思潮。”^[107] 在美国,实用主义从其古老根源已经分叉成实用主义的哲学和日常实践两部分。^[108] 美国的“日常实用主义”的特点,是其用常识来解决问题,揭示了事实和价值之间的鸿沟,如果政治行为受到限制,那么这种限制一定是来自心理的、职业的和制度的因素——这深刻影响了以对系统性后果的考虑、对合乎情理审判标准的追求和经验主义取向为特点的美国法律实用主义的形成。^[109] 这一取向,融入后芝加哥学派的理论建构之中,其方法与实践都贯彻着对个案后果优先于系统性后果的考虑,在动态的市场分析中突出向前看的视角以追求合乎情理的结果,且其强调经验主义、反对以过于抽象的市场假定来引导司法过程。实用主义经后芝加哥学派推动在反垄断分析中有力渗透,使得学派论争虽然分歧犹在、调和维艰,但不至于完全失焦。

至此,应当明确,共识的形成基于交谈,交谈的可能性在于学派之间的价值观念不存在根本对立。毋庸置疑,反垄断学派之间的差异与分歧是实质性的,但与民粹主义相比仍属反垄断学派之间的内部争议。达成这一认识的关键,在于哈佛、芝加哥与后芝加哥学派虽然基于其价值观念的小脉络,在理论模式、决策前提和市场假定等认识上存在程度不一的分歧,但都应归属于肯认市场

[102] 见前注[101],钱满素书,第 104 页。

[103] 参见吕磊:《美国的新保守主义》,江苏人民出版社 2004 年版,第 12 页。

[104] 参见车卉淳、周学勤:《芝加哥学派与新自由主义》,经济日报出版社 2007 年版,第 5—6 页。

[105] 同上注,第 6—7 页。

[106] See Richard Posner, *supra* note [5], at 43, 51—52.

[107] 涂纪亮:《现代西方哲学评述》,贵州人民出版社 2018 年版,第 398—399 页。

[108] 参见[美]理查德·波斯纳:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 34—35 页。

[109] 同上注,第 63—75 页。

在资源配置中主导性作用的大传统。因此,尽管学派分歧显著,仍有可能通过解释与交谈达致确定性与妥当性之均衡。特别是,随着数字经济的加速发展并嵌入全球市场,为应对这一挑战以回应动态聚变的现实,学派之间的交谈也日益成为更加迫切的需要。

四、经验世界重构图景下的学派交谈展望

反垄断学派建制一路走来,价值观念和市场假定差异的存在,是否全然遮蔽了(以及必然继续屏蔽)有意义的交谈,从而模糊或将取消形成共识的前景?客观地说,很长一段时间内,学派间交谈在反垄断学派内部都被认为是难以实现的。但也要充分意识到,经验主义的取向不同程度地存在于三大反垄断学派之中;经验证据在不同范围内成为检验反垄断理论可靠性的关键(如果不是唯一的)标尺。正因如此,当今经验世界的剧烈变化可能带来重塑反垄断学派决策前提和市场假定的契机。特别考虑到反垄断学派面临的共同挑战——在数字经济时代重构的经验世界中延续其传统,若不积极调适则可能被时代抛弃。据此,可以在交谈合理性的框架下考察反垄断学派的互动,并在当前经验世界重构的背景下展望学派交谈的可能空间。

(一) 交谈合理性框架下反垄断学派的相互作用

若认定消弭或调和学派分歧具有可能性,则有必要厘定学派交谈的空间。其关键,就是在疑难问题中把握法律解释的确定性。但很多时候,在疑难问题中,由于法律本身的空缺性、法律解释方法的不确定性以及解释者在价值观念上的分歧,追求本体论和科学意义上的确定性与妥当性往往是不可能的。^[110]具体到反垄断法解释中,难题是如何在学派的方法与观念分歧中寻求确定性与妥当性的均衡?就此,波斯纳提出的作为交谈合理性的客观性概念,或许是解决问题的方向。该概念的落脚点不在于最终解释结论的“唯一正确”,而在于把法律解释视为一个相关解释主体之间、解释主体与其所在的制度场景之间的交谈过程,强调最终解释结论是某种合理而客观的过程或程序的结果,强调法律传统、法律职业共同体等因素对解释活动的制约作用、强调解释者对其解释和判断的理由做出说明和展示的责任。^[111]这与经济学的认知遥相呼应。罗德里克就指出,关键要承认:模型的外部有效性取决于他们在什么条件下被应用,任何学派都不应声称其模型无处不适用,而是应当接受偶然性,以恢复其模型的经验相关性。^[112]可以认为,确立交谈合理性模式在保全模型妥当性的同时为巩固模型的确定性提供了可能,有助于反垄断学派的吐故纳新。

在法律解释中,囫圇吞枣式地接受某一特定学派的方法与观念是不可取的,一厢情愿地认为学派分歧可以完全消弭也是自欺欺人。在交谈合理性理念下,可以确立学派交流的认知前提。首先,反垄断学派之间并无绝对意义上的优劣之分,因此在客观上也无法得出在反垄断法解释中应当独尊一派的结论。其次,在解释上不承认单一学派的绝对客观性,并不意味着反垄断法解释就应当自我放逐,茫然陷入相对主义的不确定性泥潭。再次,在不确定性中寻找确定性,需要尊重各个学派的价值观念,也应开放根据经验事实调校其市场假定、决策前提和理论模式的空间。最后应当明确,就上述三个层次的可交谈空间是依次递减的。据此,识别学派之间的可交谈的领域及其层次,方可进一步引导、拓展学派交谈的应用场景。

在经济学上,反垄断学派理论模式优化组合的主要方式,要么是扩大潜在可适用模型的集合,

[110] 参见张志铭:《法律解释原理(下)》,载《国家检察官学院学报》2008年第2期,第49页。

[111] 同上注,第50页。

[112] 见前注[53],丹尼·罗德里克书,第112页。

用较新的模型来描述曾被较旧的模型忽略的一些社会现实；要么是找到更好的模型选择方法，即提高模型和现实条件的拟合程度。^{〔113〕} 20世纪70年代末以来，哈佛学派吸收了芝加哥学派的许多观点，从严格意义上的结构主义进路逐渐演化，为反垄断法与经济学的分析提供了更加均衡和可操作的方案。^{〔114〕} 现代哈佛学派对价格理论也展现出一种更为开放的态度。^{〔115〕} 芝加哥学派对现代哈佛学派和后芝加哥学派的主张也并非一味反对，而是相互影响。而后芝加哥学派的反垄断政策并没有使其理论体系从一个极端走到另一个极端，^{〔116〕}其并不是为后者的思想提供一个替代方案，而是将之改良，为决策者提供更加精确的市场途径，以及为发现无效率行为提供更优工具。^{〔117〕} 由此看来，学派之间可能在理论模式的修正和制度设计的调校上达成共识。

即使是在难以达成共识的领域，也可以继续通过经验证据检验竞争性理论的可靠性，而不必陷入自说自话的无效循环，在决策前提和市场假定上调和学派分歧也不无可能。尤其是随着数字市场之中排除、限制竞争现象凸显，导致民粹主义回归，反向推动了反垄断规制共识的扩展与汇聚。在观念层次，相对于芝加哥学派对市场干预所持的收缩态度，哈佛学派和后芝加哥学派基于结构主义立场或策略行为考量为干预市场留出了更大空间。问题是，规制的扩展在何种程度上是妥当的？为此，除了吸收传统市场中的经验证据之外，必须着重评估当前数字市场演进所带来的经验基础改变。在该重构的经验世界图景下，诸学派若能以更开放的格局接纳经验认知的发展，调适其市场假定、决策前提和理论模式，则可能确立反垄断学派交谈的全新起点。

（二）重构的经验世界图景与反垄断学派交谈的新起点

第一，垄断协议规制。在数字市场中，芝加哥学派的市场假定变得更加脆弱，利用数据、算法实施共谋的现象屡见不鲜，而被发现的或为冰山一角。大数据堆叠和算法的加速演化，使得寡头之间卡特尔达成和实施的困难程度显著降低，增强了算法共谋的可能性。且若进入到人工智能的高阶化阶段，其完全有可能不留下任何间接证据。不仅如此，当前，搜索引擎、即时通信、电子商务、社交网络、操作系统等数字市场都处于寡头垄断的状态，若完全交由市场自行调节，共谋行为的持续期间将被延长，消费者福利也将受到更长期的损害。在纵向限制方面，在电子商务平台相对于实体店铺日益强势的情况下，解决搭便车问题更成为纵向限制中无法回避的问题。但就其证成而言，应限定于那些需要提供服务 and 促销的复杂产品、新产品。否则，有以提供服务为名行固定价格之实的潜在影响。因为，相关服务可能是消费者不需要的，从而降低了消费者的整体福利；且数字市场透明度的增加，可能导致该等品牌内竞争限制更加容易外溢，促使品牌间竞争限制的产生。有鉴于此，在重构的经验世界图景下，市场假定有待做出相应更新：市场并不总是自我纠正的，垄断不仅仅是偶然的、不稳定的，也不一定是竞争性过程的暂时结果；在市场未能自我纠正时，反垄断规制的适度介入是一种必需的选择。在疑难案件中，当促进干预和不干预模型的竞争陷入僵局时，只有更新的市场假定才能打破不干预的默认规则。

第二，经营者集中规制。在数字市场中，平台企业对初创企业的扼杀式收购引发全面的竞争关切。若仍固守对横向并购的低度干预立场、对纵向和混合并购基本不干预的立场，对市场竞争与创新的破坏可能是结构性的。但是该等初创企业并购的竞争影响存在很大的不确定性。这就

〔113〕 见前注〔53〕，丹尼·罗德里克书，第183页。

〔114〕 See Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *supra* note〔83〕, at 66.

〔115〕 See Christopher Yoo, *supra* note〔58〕, at 2159-2160.

〔116〕 See Herbert Hovenkamp, *supra* note〔22〕, at 267.

〔117〕 See Oliver Williamson, *Delimiting Antitrust*, 76 *Georgetown Law Journal* 271, 280 (1987).

意味着,必须基于相对不那么精确的经验证据做出干预的判断,这会产生一定的误判风险。^[118]若依芝加哥学派的观点,宁愿漏判也不愿误判,因其认定市场进入能够限制市场力量持续存在,因此漏判成本较低。但问题在于:一是大量博弈论产业组织分析已经指明,一旦获得市场力量,在利润很高的情况下企业也可以阻止进入市场;二是初创企业的研发项目可能被转至帮助强化领先的在位企业,而非通过竞争使得福利最大化。^[119]因而,传统的漏判优于误判的主张在此是不适用的:竞争性的市场进入直接受到该等收购行为的威胁;如果潜在的进入者不断被强有力的在位企业吸收,就不能够指望其能够约束反竞争行为。^[120]有鉴于此,在重构的经验世界图景下,在经营者集中审查中应当注重均衡运用单边效应、协调效应和封锁效应等标准。特别在协调效应分析中,应当在实质性增进了集中度的并购中适当引入结构性推定,以解决该标准在适用中被虚化而无法回应并购加剧协调的现实;在单边效应分析中,应当充分运用分流比和综合涨价压力指数(GUPPI)等更直接的指标来判断竞争影响;在封锁效应分析中,则应当推进提供竞争对手成本标准的适用,以应对不以直接排斥为目的而通过提高竞争对手成本进而获得定价权的行为。

第三,滥用市场支配地位规制。在数字市场中,平台企业涉嫌滥用市场支配地位的行为频发,亟待形成框架性的规制共识。就此,怀特主张,可以基于芝加哥和后芝加哥学派观点的结合确立以证据为基础的反垄断政策:原则上,在掠夺性定价上采取后芝加哥学派进路,在排他性交易上采取芝加哥学派进路。^[121]对此,后芝加哥学派并未积极响应。可能的原因是芝加哥学派的诸多假定在支配地位滥用行为新的经验证据面前,似乎在以肉眼可见的速度逐渐分崩瓦解。最根本性的变化是,由于“为市场而竞争”时代的到来,传统市场中较难实施或维持的滥用行为不再面临强大的竞争约束;同时,由于平台企业在市场双边或多边运用策略行为排除、限制竞争的可能性实质性提高,所影响的相关/相邻市场范围也大大扩展。具体来看,在重构的经验世界图景下,就掠夺性定价而言,由于市场透明度的提高,多重声誉掠夺和信号博弈的可能性被放大,显著增加了行为影响的复杂性。因此,“低于成本-收回损失”要件应予放松,更聚焦于竞争对手成本的提高和消费者选择的减少。就排他性交易而言,由于网络效应和锁定效应的强化,平台企业实施排他性交易的成功可能性得到了实质性的提高,其认定标准有待优化:封锁比例要件的权重应当适当降低,更聚焦于竞争对手成本的提高和由此产生的支配地位企业进一步控制相关市场价格的能力和动机的提升。总之,主要学派只有在市场假定、决策前提和理论模式上做出全面的认知更新,才有可能改变支配地位企业实施单边行为殊少受到有效规制的现状。

五、结 语

在本质上,反垄断法发展的过程是恒久的、相互对立观点之间的碰撞,最终的选择往往取决于信仰的飞跃:我们关于关键经济决定的方向究竟是偏向于政府抑或市场?我们更担忧的是大的政府,还是大的企业?^[122]尤其在疑难案件的标准适用中,反垄断法解释不得不出离理论本身,进入到价值观念范畴。就反垄断学派的价值观念本身而言,并无绝对意义上的正误之分。问题的症结

[118] See Kevin Bryan & Erik Hovenkamp, *supra* note [96], at 350.

[119] *Ibid.*, at 355.

[120] *Ibid.*, at 334.

[121] See Joshua Wright, *supra* note [44], at 26.

[122] See Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *supra* note [83], at 63.

是,当学派把其特殊模型当成一般模型时,错误就会发生,经济学叙事就会赋予自身以生命,与它所赖以产生的条件相脱离,演变成一种全能性解释,遮蔽其他的也许更适用的叙事。^[123] 而反垄断学派之所以把特殊模型当成一般模型而不自知,或不愿为人所知,多源于决策前提和市场假定的固守。从诠释学上看,该等前提和假定构成反垄断法的“前理解”,具有特定结构与层次,既呈现为制度,又聚焦到方法,最终根源于价值观念,是造成反垄断学派分歧的根本原因,也形塑着反垄断法解释的深层内核。当前,在全球范围内,随着反垄断实施的深化,学派影响渗透到立法、行政与司法之中的趋势不可避免。吸取主要法域的经验与教训,中国反垄断法的解释要超越学派藩篱,洞悉反垄断学派价值观念的小脉络和大传统,坚持实用主义的进路,结合当前传统市场向数字市场演化所展现的重构的经验世界,分层调校学派的市场假定、决策前提和理论模型,方可确立足以有效回应变动不居之现实的成熟反垄断法解释体系。

Abstract The formation of anti-monopoly schools leads the legal interpretation into a normative track. Meanwhile, it brings in a tendency of path dependence among the anti-monopoly schools, leading to a growing rigidity of interpretation methodologies. In the institutional dimension, on the regulation of monopolistic conduct, there is a deepening and irreconcilable diverges among the Harvard School, the Chicago School and the Post-Chicago School. Thus, to trace and inspect the theoretical models, decision premise, market hypothesis and ideological tradition, one might find out that: Not only the theoretical pattern of the anti-monopoly schools should be subject to verification by empirical evidence, but also largely relies on the decision premise based on error cost analysis, the market hypothesis with regard to the probability of monopolistic conduct occurrence and market self-correction, and finally, the liberal or conservative ideological tradition. To advocate an in-depth Anti-monopoly Law interpretation responsive to market reality, we should advocate a basic consensus building on the market institution among anti-monopoly schools, delineate a space for reasonable communication of AML interpretation, and propose a new starting point for communication against the background of the restructured empirical world with the digital market as a distinct feature.

Keywords Anti-monopoly Law Interpretation, Harvard School, Chicago School, Post-Chicago School, Digital Market

(责任编辑:侯利阳)

^[123] 见前注[53],丹尼·罗德里克书,第172页。